

POR

D. TERESA DE Gamboa, vezina de la ciudad de Alcala la Real.

CONTRA

Don Francisco de Galuez Sigura, vezino de la ciudad de Antequera,



¶ Impresso en Granada en casa de Martin Fernãdez, en la calle del Pan, frontero de S. Gil. Año de 1627.

¶ Conforme al hecho deste pleyto que se refiere con puntualidad en el memorial del Relator, la pretension de doña Teresa (videlicet, q̃ las casas y tres arançadas de viña sobre que se litiga son bienes libres y no vinculados) se funda ex presumptione, & dispositione iuris, quia omnia bona libera præsumuntur donec de seruitute, vel alia qualitate originali libertati contraria aperte, & clare doceatur, ex l. altius 8 C. de seruitut. de qua in terminis, Mascard. de probation. tomo 1. conclus. 79. a num. 5. Molin. lib 2. cap. 6. num. 8. & ex multis Henriq. Rosental. de fæud cap. 12. conclus. 15. num. 46. Menoch. lib. 3. præsumpt. 91. num. 27. & consi. 191. num. 16. volum. 2. Petr. Surd. consi. 311. num. 10. vol. 3. Cardin. Mantic. de contract. 2. tom. lib. 23. titul. 6. num. 1.

Y esta presumpcion o calidad de que los bienes sean libres, se presume continuada en todos los posseedores y sucessores en quien se deriuare el dominio o possession dellos, quia cũ sit qualitas naturalis ipsis prædijs ab origine insita, & ab omni accidenti separata, semper ad esse præsumitur, vt in gloss. in cap. si forte, de electio. in 6. tradit post alios Mascard. de prob. tom. 3. conclus. 1254. num. 86. eleganter Bald. in cap. 1. §. inter filiam, sub. num. 2. si de fæud. fuerit contro. vbi traddit qualitatem possessionis paternæ semper præsumi in filiũ continuatam, quem sequitur Ioann. Garc. de nobilit. gl. 12. num. 18. Tiraquel. in tract. le morte sais 5. p. declarat. 1. num. 7. Petr. Gilchen. in l. siue posside tis, n. 12. C. de probat. vbi obseruat præsumptioné continuationis, vt illud quod semel fuit semper in esse perseueret in omnibus prædicamentis versari, & præcipue in prædicamento qualitatis, optime Rosental. de fæud. cap. 12. q. 14. sub. n. 31. Pela. de Mier. 2. tom. 3. p. q. 6. n. 33

Y esta

Y esta fue la razon porque en el cap.1.§.inter filiam si de fæud.defuncti controuersia sit, se mandò dar la possesion del predio a la hija deldifunto como de bienes libres hereditarios en competencia de los agnatos transuersales q̃ lo pretendian por bienes feudales, porque lahi ja entraua fundando en las dos presumpciones de derecho que estan referidas, nempe quod prædium originaliter, & ev natura sua sit allodiale, & liberum, & quod eius dominium, cũ eadem libertatis qualitate in hæredem continuetur, vt aduertit gloss.communiter ab omnibus recepta, verbo, *Interim*, ibi: *Istud merito accidit quia iam facile fundata erat intentio eius, vt C. de probat.l.siue possidetis.* Y para excluyr a la hija era necessario q̃ los agnatos probassen que el predio era feudal y no libre, vt ex pluribus obseruat Molin.lib.3.cap.4.num.34.Rolan.a Valle, consi.2.num.32.& seqq.lib.3 optime Rosenta. de fæud.dict.cap.12.quæst.14.num.9.& 94. la qual es decision y doctrina en terminos para la determinacion deste pleyto en fauor de doña Teresa de Gamboa, con dos aduertencias. La vna que el §.inter filiam, no solo procede enla hija del difunto, sino en qualquiera otro heredero o sucessor, aunque sea estraño, en quien quedaren los derechos hereditarios, vt ex Decio, Parisio, Gozadin.& alijs traddit Roland.à Valle ad hoc videndus, dict.consi.2.nume.28. volum.3. La otra, que no solo procede estando vacante la possesion del predio, sed etiam ipsis agnatis transuersalibus possidentibus, vt ex pluribus obseruat idem Roland.dict. consi. 2.num.31.volum.3.

De lo que està dicho resultan dos efectos q̃ facilitan la inteligencia deste pleyto. El vno es que en caso que doña Teresa tuuiesse obligaciõ de probar que estas casas y viña son bienes libres

bres

bres, cumple baſtantemente con la prouança que reſulta de las preſunciones referidas, quia paria ſunt, quod quis probet, vel quod habeat pro ſe iuris præſumptionem, quæ liquidiſsima probatio appellatur, ita ex l. licet Imperator, delegat. 1. poſt. gloſ. & antiquiores, tradit Dominus Couarr. lib. 2. variar. cap. 6. numer. 1. latè per plures, Menoch. libr. 1. præſumptio. 36. a numer. 3. & ſequentibus, vbi ex antiquorum doctrina reſoluit iuris præſumptionem liquidiſsimam, veram & propriam eſſe probationẽ, etiam vbi probatio neceſſario requiritur, bene ex multis, Maſcard. tom. 1. concluſ. 10. num. 40 & ſeqq. El otro efecto es neceſſariamente cõſecutiuo del primero, porque eo ipſo, que por la preſunciõ de derecho tiene doña Tereſa prouança baſtante de ſu intencion, transfiere en don Fernando de Galuez la carga y obligaciõ de prouar que las dichas caſas y viña ſobre que ſe litiga ſon del vinculo y mayorazgo de que dize es poſſeedor, vt per DD. in l. ſiue poſsidetis. C. de probatio. maximè, Baldum, verſicul. *Quædam eſt præſumptio iuris*, num. 15. Angel. in l. ſciendum, num. 26. verſi. *Deſcendo ad præſumptionem iuris*, ff. de verbor. obligatio. & ex l. generaliter, §. ſi petitum, ff. de fideicommiſ. libertat. & alijs iuribus, tradit poſt plures Menoch. lib. 1. de præſumptio. quæſt. 33. per totam, Maſcar. 1. tom. d. concluſ. 10. a numer. 37. Fuluius Pacianus de probationib. lib. 1. capit. 12. numer. 1. & numer. 4. & ſequentibus, præſumptio iuris naturalis & ciuilis, quę pro libertate militat, onus probandi in aduerſarium transferat, tradit ex pluribus, Menoch, conſi. 191. num. 2. & 23. volum. 2. Henric. Roſental. de fœud. ca. 12. quæſtio. 15. num. 46. optime Crauetta, conſil. 662. numer 22. volu. 4 ibi, *Nono reſpondetur præſumptionem allodij naturalem eſſe, quia feudi qualitas non*

innaſcitur

in nascitur, verum accidit præsumptio plane naturalis præsumptionem omnem cõtrariam vincit, l. cum qui probabilem, vbi Bald. C. de Episcop. & cleric. &c. & post Grauetam & alios, Cardina. Mantic. de tacit. & ambig. contr. 2. tomo, lib. 23. titul. 4. num. 6. ad fin. & lib. 12. titul. 17. num. 11. ibi: *Nisi ius cõmune resistit possessioni, tũc cessat illa præsumptio, quæ est pro possessore quia possessio transfert onus probandi in aduersarium nisi aliqua præsumptio est contra possidentem, &c.* Et ita etiam ex Decij & Roland. traditionibus conciliat Menoch. lib. 2. præsumpt. 91. num. 38. Y assi don Fernando de Galuez Segura, aunque fuesse reo y posseedor, estuuiera y està obligado a probar concluyentemente el titulo con que pretẽde defenderse, ex optimo & fortissimo text. in cap. 1. de præscrip. in 6. ex quo regulariter assertionem hanc defendunt in numeri quos allegat Petrus Gilchen in tractatu de præscrip. 2. par. membro 1. cap. 9. à num 2. Gaspar Schifordeguerus omnino ad hoc videndus ad Anton. Fabr. lib. 1. tract. 6. quæst. 5. & in terminis Molin. lib. 2. cap. 6. num. 8. donde resuelue, que el posseedor que defiende los bienes por vinculados, respecto la resistẽcia que le haze la presumpcion natural, tiene obligacion a probar el titulo de su possession, & sequitur Mier. 2. tom. in initio, 3. par. num. 38.

Supuesto pues, que don Fernando de Galuez, sin duda alguna tiene obligacion de prouar y mostrar, que estos bienes son vinculados y de mayorazgo, es forçoso que esto sea por alguno de los modos expressados por la ley 41. de Toro, quæ hodie est, l. 1. tit. 7. lib. 5. Recopi. La qual puso y señalò la forma precissa por dõde deue constar y prouarse ser los bienes vinculados y de mayorazgo, videlicet, o mostrando se y presentandose la escritura de la institucion y fundacion del mismo mayorazgo, y la facul-

 tad

tad Real con que se hizo, o por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras, o por costumbre inmemorial, prouada en los requisitos y calidades que en la dicha ley se declaran, ita expressè docet Molin. lib. 2. c. 6. n. 8.

Y por ninguno destos modos tiene fundamento ni prouança la pretension de don Fernando.

Porque si se quiere valer de la escritura y titulo de la institucion y fundacion del mayorazgo, de que dize es sucessor y posseedor, de q se haze relacion, memorial fol. Esta institucion y fundacion tiene dos partes. La vna, la mejora que hizo de tercio y quinto el señor Dotor Hernando de Galuez en el señor don Fernando de Galuez su hijo, para la qual señalò los bienes expressados en la misma escritura, q aun montaron mas que el dicho tercio y quinto, y este se sacò y adjudicò en la particion que se hizo entre el curador del dicho señor dō Fernando y su madre y hermanos, sin que en esta adjudicacion del dicho tercio y quinto, ni tampoco de la legitima paterna entrassen la casa ni viña sobre que es este pleyto, sino solo vna haza en el partido del vado del Texar, como se refiere en el memorial, fol. Por manera que en el vinculo de tercio y quinto, es cosa llana y cierta que no quedò comprehendida ni adjudicada la dicha casa, ni tampoco la viña, antes por la escritura de trueco y permutacion que el dicho señor don Fernando hizo despues el año de 71. con su madre, consta q̃ ella misma le dio las dichas casas y viñas, como bienes libres, y que el le dio en trueco la haza que està referida del Vado el Texar, memor. fol. La segunda parte de la escritura y titulo del mayorazgo es, el grauamen con que la dicha mejora se

se hizo de que lo que cupiesse al dicho señor don Fernando de sus legitimas paterna y materna, lo auia de lleuar en bienes rayzes, y juntarlos con los de la mejora, para posseerlos todos juntos cõ los mismos vinculos y condiciones, y que expressamente lo auia de consentir ante escriuano, obligãdose y dando fianças de sus legitimas, dexaria vinculada otra qualquier heredad para augmento del dicho mayorazgo. Y en esta parte de las legitimas, no ay, ni se puede considerar calidad ni grauamen de vinculo, ni mayorazgo en los bienes que a ellas pudieron pertenecer, porque es llano de derecho, q̃ no es para esto poderosa la disposicion del padre, ex l. quoniam in priorib. C. de inoffic. testam. cum alijs similibus, docet Domin. Molin. lib. 2. cap. 1. num. 29. Iacob. Cancer. varia. cap. 3. num. 22. & 23. lib. 1.

Contra esto dirà la parte contraria, que aunque es verdad, que regularmente no puede el padre grauar las legitimas de sus hijos, pero q̃ quãdo les dexa no sólo las legitimas, sino el tercio o quinto que pudiera dexar a otros, entonces puede muy bien poner sobre todo el grauamen que quisiere, y esta disposicion es legitima y valida, ex sola voluntate patris, sin tener necessidad del cõsentimiento del hijo, per textum in l. abeo, C. de fideicommiss. & l. si pater puellæ, C. de inoffic. testam.

Sed respondetur, que esta proposicion y cõclusion es contra derecho, porque la verdadera y comun resolucion es, que aunque con las legitimas dexe el padre tercio y quinto, imponiendo el grauamen en todo, este grauamen no cabe ni se puede sustentar en las mismas legitimas, aunque se sustẽte en lo que fuera dellas dexare, pudiendolo dexar a otro hijo, o a vn estraño por la dicha l. abeo, C. de fideicommiss.

& per

& per text. in dict. l. si pater puellæ, C. de in offic. testamento. Y estos textos y las demas doctrinas que para el proposito cōtrario se pudieran alegar, no pueden proceder en el grauamē de las legitimas, quanto quiera que se dexe cō ellas muchos mas bienes, porque en quanto a esto estan corregidas las dichas leyes, y todas las disposiciones que auia de derecho antiguo, ex noua decissione, l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testam. tradit gloss. verbo, *Iuditium* versi. *Item consensus filij*, in l. si quando, §. & generaliter, Domin. Molin. dict. lib. 2. cap. 1. ex n. 29. cum alijs seqq. & ita ex optimis fundamentis, se juzgó in Senatu Dolanensi, vt testatur Gribellus decis. 134. num. 9. & decis. 61. nume. 14. & 15.

Iterum etiam se responde, que la conclusiō de que el grauamen se sustenta en lo que se dexa, vltra legitimam etiam si reijciatur ab illa, procedia ex iure communi antiquo en los hijos emancipados: pero en los que estauan en la potestad del padre (como lo estaua el señor don Fernando de Galuez quando su padre hizo en el la mejora) se hazen dos distinciones. La primera entre el grauamen puesto, sub conditione potestatiua, y el que se pone sub conditione casuali vel mixta. En el primero caso es recibida la opinion de que el dicho grauamen se sustenta, saltim in residuo vltra legitimam. Y en el segundo caso, aunque no carece de cōtrouersia, tamen ex noua l. 11. titu. 4. par. 6. & eius veriori intelligentia receptum est, quod grauamē sub prędicta conditione casuali, vel mixta generaliter impositum, tam legitima, quam ab alijs bonis a patre relictis omnino reijciatur, vt post disputationem, resoluit Domin. Molin. vbi proxime, num. 30. cum seqq. La segunda distincion que se haze es, entre la disposicion que

contie-

contiene el grauamen impuesto separatim, & specialiter en lo que se dexa fuera de las legitimas, quedando ellas libres, y la disposicion en que el dicho grauamen este puesto, generalmẽte en todos los bienes, assi de las legitimas como los demas que se dexan juntamente con ellas. En el primero destos casos se admite y procede la conclusion de que el grauamen se sustẽta en el residuo.

Pero en el segundo caso, es llano que en nada se sustenta, y que todos los bienes, assi los que pertenecen a las legitimas, como los demas, quedan absolutamente libres y sin la calidad del grauamen que se les impuso, porque como fue general comprehendiendolo todo, y las legitimas, no lo pudieron admitir, tampoco subsistiò ni pudo conseruarse en el residuo, ita notabiliter obseruat, Dom. Molin. d. l. 2. cap. 1. nu. 36. ibi: *Ex qua l. partitarum sic intellecta inferri poterit nouus, ac subtilis intellectus, ad l. 27. Tauri, quæ est l. 11. titu. 6. libr. 5. Recopil. nam quamuis mea cautum sit parentem posse filijs, ac descendentibus certo ordine obseruato, in tertia & quinta bonorum suorum portione, quæcumque grauamina, & conditiones apponere, at intelligendum erit dummodo eas conditiones, si casuales, aut mixtæ sint in solo tertio & quinto specificè, ac separatim apponat, si enim in omnibus bonis suis, seu in legitima, ac tertio & quinto, simul filium hæredem sub his conditionibus instituerit nedum ex legitima, sed etiã ex tertio & quinto reijcientur, ex d. l. partitarum decisione. Ideoque pater volens filijs in tertia & quinta bonorum suorum parte, huiusmodi conditiones apponere, id specificè, ac separatim in tertia & quinta parte facere debet, ne filius, ex decisione d. l. partitarum, tam legitimam, quam residuum eius libere consequatur, quod optimè aduertit, Gregor. Lop. in eadem, l. parti. in gloss. verbo, No empecen, quamuis id ad intellectum, d. l. 27. Tauri non deducat, sed hoc intermin. legum Tauri, ve-*

rum esse censuit, Peralta in d. l. 1. ff. de legat. 2. n. 12.

Y este vltimo caso es el deste pleyto, porque el grauamẽ de vinculo que el señor Dotor Hernando de Galuez impuso en los bienes del señor don Fernando de Galuez su hijo, no fue solamente en el tercio y quinto, sino absoluta y generalmente en el tercio y quinto, y sus legitimas paterna y materna, y assi en nada se pudo sustentar.

Dirà lo segundo la parte contraria, que quãdo el grauamen del vinculo no pudiesse consistir por sola la voluntad del padre, pero que cõ el consentimiento del hijo consistiò y quedò valido, no solo en el tercio y quinto, sino tambien en las legitimas, porque estas se pueden grauar, interuiniendo el dicho consentimiẽto, vt tradit glos. in d. l. si quando, §. & generaliter, verb. *Iudicium*, C. de inoffic. testam. quã sequuntur, DD. quos refert & sequitur, Molin. libr. 2. cap. 3. num. 7. Y como el señor Doctor Hernando de Galuez hizo el vinculo y mayorazgo cõ la calidad deste consentimiento, y pidiendo a su hijo que lo hiziesse, memor. fol. con auer sucedido en los bienes, y posseydolos todos, parece que consintiò y aprouò el grauamen, ex textu in l. si is qui penultim. §. quid ergo, & l. fin. §. si legatario, ff. de inofficios. testament.

A esto se responde. Lo primero, que aunque es verdad que el consentimiento del hijo es bastante para que se sustente el grauamen y vinculo en las legitimas, pero este consentimiento ha de ser expresso y no basta el tacito que resulta de auer sucedido en todos los bienes y posseydolos, porque esta sucessión y possessión se presume auer sido por su propio derecho en todo aquello que no se le pudo grauar al hijo, y ninguna aprobación o consentimiento tacito, puede obrar en perjuyzio de las legitimas, vt

probat

vt probat in terminis textus expressus in dict. l. si quando, §. & generaliter, C. de inoffic. testam. ibi: *Nisi hoc specialiter, siue in approba siue in transactione scripserit, vel pactus fuerit, &c.* Obseruat Domin. Molin. dict. lib. 2. cap. 1. num. 9. versic. *Quod intelligendum*, ibi: *Quod intelligendum erit nisi ad id primogenium ex filiorum, seu ascendentium legitima instituendam eorundem consensus interuenerit consensusque ipsi iuramento ac cæteris vinculis de quibus infra isto libr. cap. 3. dicemus vallatus fuerit.* Et rursus dict. cap. 3. num. 7. ibi: *Tertius casus vbi etiam valebit primogenij institutio in legitima absque Regia facultate est, quando filius expresse consentit grauamini, & approbat ex propria atque spontanea voluntate maioratum à patre institutum, & onus ac conditionem sibi appositam.* Peregrin. artic. 36. num. 86. & 87. & 88.

Lo segundo se responde, que en todo este pleyto no ay ni consta que vuiesse consentimiento expresso ni tacito del señor don Fernando de Galuez en el grauamen de sus legitimas, y no solo no ay el dicho consentimiento, pero ay acto expressamente contrario en los mismos bienes sobre que agora se litiga por la escritura de trueco que està referida, en la qual dio el señor don Fernando a su madre la haza del vado el texar que le cupo y se le adjudicò por legitima de su padre, memor. fol. Y su madre le dio en trueco las casas y viña sobre que es este pleyto, y los vnos y otros bienes se dieron y trocaron por libres, y se obligaron a la euiccion y saneamiento en la forma necessaria, de lo qual resulta, que el señor don Fernando no solo no consintio el grauamen, pero dispuso de los bienes de sus legitimas como de bienes libres.

Lo tercero se responde, que por la escritura y autos que estan referidos, consta y es cosa cierta, que estas casas y viña no fueron bienes de la legiti-

legitima paterna del señor don Fernando de Galuez, ni tampoco de la legitima materna, porque los vuo y adquirio en vida de su madre por contrato entre viuos, que le dio titulo y derecho particular y diferente del derecho y herencia de la legitima en q̃ despues sucedio por muerte de la dicha su madre, y assi por ningun camino pudieron estos bienes caer ni ser comprehendidos en el vinculo, aunque lo estuniessen las legitimas.

Y no obstara si se replicare que la haza del Vado del Texar era de la legitima paterna del señor don Fernando, & per consequens, estaua comprehendida en el vinculo, y por auerse dado en trueco della las dichas casas, y viña quedaron subrogadas en lugar de la misma haza, y afectas con la carga del mismo vinculo.

Porque se respōde, que demas de no ser cierto q̃ las legitimas del señor don Fernando quedaron vinculadas, & per consequens, tampoco la haza (vt ex superioribus prouauimus) tampoco es cierto que aunque la haza fuesse vinculada lo auiā de quedar y subrogarse en su lugar los bienes que por ella se trocaron; porque esta subrogacion con la calidad del mismo vinculo solamente sucede quanto el trueco se haze con facultad Real, y con los requisitos y solenidades necessarias, y no quādo se haze sin la dicha facultad y requisitos, como se hizo entre el señor don Fernando y su madre; ita notabiliter obseruat Domin. Molin. lib. 4. cap. 4. num. 30. ibi: *Pro huius autem quæstionis resolutione distinguendum esse videtur, nam aut res vendita fuit absque Regia facultate, & taliter quod alienatio ipsa nulla sit, seu Regia facultate præcedente ea lege concessa, vt ex pretio illius alia res ipsi maioratui comparetur. In primo casu dicendum est, nec pretium, nec rem ex pretio comparatam in maioratu subrogari, cum enim (vt infra isto lib.*

to lib.c.6. dicemus) res maioratus non possint alienari vt ex pretio illarum aliæ res in maioratu subrogentur, nisi Regia facultate præcedente, ac per consequens venditio rei maioratus nulla sit. sequentes successores rem male alienatam reuocare poterunt ad pretium autem, vec ad rem ex illo emptam ius aliquod non habebunt, &c. Y aunque el trueco estuuiera hecho con facultad Real, fuera lo mismo, por no auerse trocado los bienes expressamente para el mayorazgo, sino para el señor don Fernando de Galuez, vt prosequitur, & docet idem D. Moli. vbi proximè num. 35. vers. *Tertius casus.*

Ex superioribus ergo resultat, que don Fernando de Galuez Segura no tiene, ni muestra en este pleyto escritura, ni titulo alguno por donde conste que estas casas y viña sobre que se litiga, sean bienes vinculados, sed potius por las mismas escrituras y titulos que estan presentados, consta ser bienes libres, y no comprehendidos en el vinculo y mayorazgo.

Y en quanto al segundo modo con que dize la ley del Reyno, que el mayorazgo se puede mostrar y prouar, videlicet, por costumbre inmemorial, tampoco ay en este pleyto fundamento alguno, ni probança de don Fernando de Galuez Segura, ni la pudiera auer inmemorial, en la forma, y con los requisitos de la l.41. de Toro, ibi: *Y assi mismo por costumbre inmemorial prouada con las calidades q̃ concluyan los passados auer tenido y posseydo aquellos bienes por de mayorazgo, es a saber, que los hijos mayores legitimos, y sus descendientes sucedian en los dichos bienes por de mayorazgo, caso que el tenedor del dexasse otro hijo, o hijos legitimos, sin darles los que sucedian en el mayorazgo alguna cosa, o equiualencia por suceder en el.* Porque no se puede verificar en el caso deste pleyto esta costumbre inmemorial, ni requisitos, por constar del principio, y titulo del mismo mayorazgo, en que

no

no estan estos bienes: y porque ninguno de los dichos requisitos està verificado, y porque siẽdo adminiculos y circũstancias necessarias, todas las que pone la l. para que la prouança concluya la calidad de mayorazgo, qualquiera dellas que falte, haze falsa la sustancia, ex Bald. in l. 9. in princip. C. de ædilict. actio. sequitur post alios, Stephan. Gratian. 3. part. disceptati. Forens. cap. 525. num. 20. & in terminis, ad d. l. 41. Tauri, multa adducens, idem tradit Mier. 4. part. quæst. 2. num. 178. & seqq.

Y contra esto no obsta dezir, que las dichas casas y viñas se han posseydo como bienes vinculados, y q̃ esta possession se ha de continuar y amparar por lo menos en el juyzio possessorio de que ay se trata. Porque se responde. Lo primero, que como està dicho, no consta ni ay prouança alguna de la dicha possession, antes la ay por parte de doña Teresa, con muchos testigos que dizen y concluyen con razones bastantes, auerse posseydo como bienes libres, de que se haze relacion en el memorial, fol.

Lo segundo se responde, que aunque huuiesse prouança de possession en fauor del mayorazgo, esta no fuera ni puede ser bastante, no siendo de prescripcion y costumbre inmemorial, con las calidades expressadas en la dicha ley de Toro, vt conueniunt omnes Doctores, qui de hac materia loquuntur præcipuè, Molin. d. lib. 2. cap. 6. num. 8. ibi: *Quia dicenti aliqua bona esse maioratus iuris communis dispositio resistit, cum ex iuris præsumptione bona semper libera, non autem primogenio, nec maioratui subiecta præsumantur, l. altius, C. de seruitut. cap. 1. §. inter filiam si de fœud. fuerit contro. &c. Ideoque ad huiusmodi præscriptionem, vel consuetudinem omnino tempus immemoriale necessarium est, capit. 1. cum similibus de Præscriptio. in 6.* Matienz. in d. l. 1. glos. 6. numer. 6. tit. 7. libr. 5.

Recop.

Recop. Azeued. num. 14. Mier. 2. tom. 4. part. quæst. 20. num. 111. & num. 176. & num. 210. & num. 335. Donde indistintamente el, y los demas Doctores confiessan, que para probar que los bienes de que se trata son de mayorazgo, es necessaria la inmemorial con los requisitos de la ley 41. de Toro.

Y en terminos que en el juyzio possessorio y sumario, la prouança de la calidad de vinculo y mayorazgo, ha de ser de inmemorial, con las calidades de la ley 41. etiam in iuditio tenutæ resoluunt communiter omnes, & praxi receptum testatur, Molin. lib. 3. cap. 13. num. 51. Auedañ. in l. 45. Tauri, glos. 1. num. 3. Paz in tractat. de tenut. cap. 27. per totum, maximè, nu. 16.

Tertio & vltimo respondetur, q̃ como quiera que fuesse qualquier possessioni que el mayorazgo huuiesse tenido destas casas y viña, no le podia aprouechar, porque ha tenido por titulo y causa la disposicion y testamento del señor don Hernando de Galuez, que no fue bastante sin facultad Real, y sin consentimiento expresso de su hijo (como no lo huuo) para vincularle sus legitimas. Demas de que por la particion, y por la escritura del trueco, que estã referidas, consta que la dicha casa y viña no entrò en ellas, ni en el tercio y quinto, y assi fuera possession viciosa y nula, originada y causada de titulo inualido, de que no puede resultar prescripcion ordinaria ni inmemorial, ni otro efecto alguno considerable, quia possessio vitiosa, sine causa & titulo occupata pro feudali non relebat, vt per Mantic. de contractib. 2. tom. lib. 23. tit. 5. num. Et in terminis resoluit Molin. lib. 2. cap. 6. num. 65. vers. *Si vero titulus*, & numeris sequentibus. Donde dize, que siendo el titulo que se presenta de calidad, que no puede ser causa de prescripcion, y constãdo

que

que este tal titulo dio causa y principio a la possession q se alega, ex eo vis immemorialis prescriptionis omnino corruit, quia cum mala fide processerit, & iuris errore causata. Et tandem, num. 69. ad finem, resoluit in hoc casu immemorialem præscriptionem, valere non posse, tanquam immemorialem, nec etiam, tanquã centenariam, neque quadragenariam cum titulo, cum enim (inquit Molin.) ob malæ fidei præsumptionem immemorialis, hoc casu non procedad a fortiori à centenaria & quadragenaria, eadem ratione exclussæ censebuntur.

Tãpoco obsta dezir, que el tutor y curador de don Fernando de Galuez, arrendò las casas en su nombre el año de 596. Y que en la quenta que el dicho curador, y vn procurador de doña Teresa, hizieron del rateo de los frutos del mayorazgo que auia de auer la dicha doña Teresa, hasta la muerte de su hija, pusieron la renta de las dichas casas, como bienes del dicho mayorazgo, como parece del memorial, fol.

Porque se responde, que el arrendamiento, ni otro ningun hecho del curador de don Fernando, no pudieron causar perjuyzio al dueño y heredero de los bienes libres, ni induzir en ellos el vinculo que no auia, ni tampoco fue poderoso para esto lo que hizieron el dicho curador, y el procurador de doña Teresa en el rateo y quenta de los frutos, pues todo fue conocido error, y no solo el hecho ò assercion destos terceros, no pudo obrar semejante efecto, pero aũ que fuesse confessiõ llana de la dicha doña Teresa, que es la parte formal, adhuc, no fuera bastante para hazer, ni que se tenga por vinculado lo que es alodial y libre, vt ex Beriori sentẽtia post Paris. de Put. Ruynum, Brun. Cephal. & alios, tradit Surd. consi. 311. nu. 37. volum. 3. Menoch. consi. 191. num. 59. & seqq. & num. 71. vol. 2.

Iterum

Iterum etiam, ſe reſponde, que como quiera que fueſſen ò ſean eſtas cōfeſsiones o actos que en fauor del mayorazgo ſe conſideran, no pueden conſiderarſe en fuerça de titulo, ni fundacion del miſmo mayorazgo, en quanto a eſtos bienes, porque no lo ſon, ni tampoco en fuerça de actos de poſſeſsion, porque no fuera ni es poſſeſsion baſtante la que dellos podia reſultar para induzir y prouar el vinculo, porque ha de ſer poſſeſsion inmemorial, y con las calidades y requiſitos de la ley d͠ Toro, vt ſuperius probauimus.

De lo que eſtá dicho reſulta con euidencia que aunque el pleyto fuera ſobre el derecho d͠ la propiedad, tuuiera y tiene notoria juſticia doña Tereſa de Gamboa, contra la pretenſion de don Fernando, porque le aſsiſte la preſuncion natural, y la del derecho, que transfiere en el dicho don Fernando, la carga de prouar que los bienes ſon vinculados, y el no auerſe moſtrado titulo ni poſſeſsion baſtante, ni otra coſa con q̃ eſto ſe prueue.

Pero en eſte juyzio poſſeſſorio tiene menos duda lo que eſtá dicho, porque en el no cabe diſputa ni conocimiento de pretenſiones o derechos que miran à la propiedad; mayormente tan intricados y dificultoſos, como lo es el q̃ pretende tener don Fernãdo a eſtos bienes ſobre q̃ ſe litiga, vt ex l. 2. C. de ędict. Diui Adria. Tollend. tradunt ibi DD. Menoch. de Adipiſcend. remedio 4. num. 375. & ſeqq. Et latè per Cephalum, toto conſi. 387. maximè a num. 7. & poſtea a num. 14. volum. 3. optimè Stephan. Gracian. diſceptat. Forenſ. cap. 342. numer. 18. Achil. Perſonal. in tracta. de adipiſcend. poſſeſſione, num. 408. verſi. *Sed ego*, & verſic. *Sic neque eſt etiam*, Paz in tractat. de tenut. 1. part. cap. 29. num. 56. quod vtique non ſolum practicari, &

 obſerua-

obferuari debet, quando la excepcion del terce ro, que se muestra contraditor en el juyzio possessorio, es intricada por la escuridad del hecho, sino tambien y con mayor razon quando lo es por la dificultad del derecho, Socin. Sen. consi. 59. sub num. 2. in fin. libr. 3. in terminis, Roland. consi. 22, a num. 36. & seqq. volumi. 3. & latè ex pluribus Rotæ, & aliorum Tribunalium, decisionibus Statil. Pacific in tractat. de salvian. interdict. inspect. 2. cap. 2. integra colu. a num. 86. & seqq. Y por esta razon de tres casos que se pueden cõsiderar. Vno claro y sin duda en fauor del mayorazgo. Y otro tãbien claro y sin duda en fauor de la heredera de los bienes libres. Y el tercero dudoso por ambas partes. En solo el primero puede obtener en el juyzio possessorio, el que pretende ser los bienes vinculados, pero en los dos vltimos ha de obtener precissamente quien pretende que son libres, porque en el caso claro, esto es cierto, y en el dudoso tambien, respeto de que siempre en duda se deue juzgar por la libertad de los bienes, vt per Menoch. lib. 3. præsumpt. 91. nu. 15. Rosental. de feud. cap. 12. conclus. 14. num. 59. Mantic. tom. 2. lib. 23. tit. 7. num. 8. & num. 9. vbi ex pluribus, traddit in dubio pro allodio iudicandum esse, Aymon Crauetta, d. consil. 662. num. 19. volu. 4.

Y assi quocumque iudicium, conuertatur, se hallarà justificada la pretension de doña Teresa de Gamboa en este pleyto, para ser amparada en la possession judicial que se le dio destos bienes, como heredera de su hija, confirmãdo la sentencia del juez inferior. Prout ita futurum speramus. Salua V. D. C.